

ШКАБИН Геннадий Сергеевич

кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры уголовного права Московского университета МВД России имени В.Я. Кикотя

Обнаружение умысла и провокация преступления: проблемы правомерности проведения оперативно-разыскных мероприятий

В статье рассматриваются проблемы отграничения провокации преступления от оперативно-разыскных мероприятий. Основное внимание уделено понятию обнаружения умысла, его соотношению с приготовлением к преступлению.

Ключевые слова: оперативно-разыскные мероприятия, провокация преступления, обнаружение умысла, приготовление к преступлению.

SHKABIN Gennadiy Sergeevich

PhD, Associate Professor, Associate Professor of Criminal Law chair of Moscow University of the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation named after V.Y. Kikot,

Detection of intent and crime provocation: problems with the legality of operational-investigative activities

The article deals with the problems of delimitation of crime provocation from the operational-investigative activities. The focus is on the concept of intent detection, its relation with the preparation for the crime.

Keywords: operational-investigative activities, crime provocation, detection of intent, preparation for a crime.

При осуществлении оперативно-разыскной деятельности нередко возникают вопросы об отграничении ее от запрещенной провокации преступления. Одна из проблем разрешения этого вопроса состоит в отграничении преступных действий лица, в отношении которого проводится оперативно-разыскное мероприятие, от обнаружения им умысла на совершение преступления.

В соответствии с уголовным законом выражение лицом намерения совершить какие-либо действия не является преступным и наказуемым. Ненаказуемость обнаружения мыслей о преступлении уже давно является общепризнанной аксиомой уголовного права. В теории уголовного права обнаружение намерения совершить преступное деяние иногда называют «голым» умыслом¹. Такой умысел выражается лишь в психической деятельности лица, формировании мысленной модели поведения. Однако при этом никакого реального воплощения своих мыслей в реальной объективной действительности не происходит. В таких случаях не только не совершается преступление, но и не создаются условия для его совершения.

Уголовное право не может интересоваться, а соответственно и не влечет уголовной ответственности все, что не нашло своего отражения в общественно опасном деянии, причиняющем либо создающем угрозу причинения вреда объектам уголовно-правовой охраны. В таких случаях действует принцип римского права – *cogitationis poenam nemo patitur* (мысли ненаказуемы).

Данный вывод можно спроецировать и на различные ситуации. Например, если лицо выражает любым способом (в личной беседе, по телефону, в письме, в социальных сетях и т. п.) намерение убить кого-либо (то есть доводит до сведения других свои мысли), не предпринимая после этого никаких реальных действий, то подобное поведение находится вне сферы уголовно-правового регулирования. В принципе такое обнаружение своих намерений имеет значение лишь для превентивных целей оперативно-разыскной деятельности.

В соответствии с уголовным законом, если после доведения умысла до сведения окружающих лицо начинает действовать с целью реализации своего намерения, то дело меняется коренным образом. Ведь тем самым виновный переступает границу дозволен-

¹ См., например: Уголовное право России. Общая и Особенная части: учебник / под ред. И.М. Мацкевича, Н.Г. Кадникова. М., 2015. С. 186.

ного и подпадает под власть уголовного закона. Перед нами начало первого этапа неоконченного преступления – приготовительные действия.

В теории отечественного уголовного права приготовление к преступлению определяется как уголовно наказуемое деяние, «при котором начатая умышленная преступная деятельность, достигнув стадии создания условий для совершения преступления, прерывается затем до этапа исполнения самого преступления по не зависящим от лица обстоятельствам»¹.

Сведения о признаках приготовления к преступлению является и первоначальным (в хронологическом порядке) основанием для проведения оперативно-разыскных мероприятий, указанным в п. 2 ч. 1 ст. 7 Федерального закона «Об оперативно-разыскной деятельности»². Такая же позиция излагается и Европейским судом по правам человека, который в 2013 году, применительно к основаниям проведения оперативно-разыскных мероприятий отметил, что правоохранительные органы должны лицо, в отношении которого осуществляется оперативно-разыскная деятельность, осуществить приготовление «для совершения действий, составляющих преступление, за которое он в дальнейшем преследовался».³

Для подтверждения высказанных соображений рассмотрим следующую ситуацию, в которой грань между обнаружением умысла и первоначальной стадией совершения преступления очень тонкая. Правомерность действий сотрудников в таких случаях зависит от правильности уголовно-правовой оценки поступившей информации. По данным нашего исследования подобные ситуации имеют типичный (распространенный) характер и в практике оперативно-разыскной деятельности встречаются относительно часто.

В орган, осуществляющий оперативно-разыскную деятельность, поступает информация о том, что один из граждан подыскивает лиц для убийства своих родственников либо соседа, коллег или конкурентов. С целью «документирования факта подстрекательства к убийству и предотвращения его совершения» (как это обычно указывается в процессуальных документах) принимается решение о проведении оперативного внедрения силами штатных сотрудников оперативного подразделения.

В дальнейшем при встрече оперативные сотрудники играют роль участников организованной преступной группы, занимающихся заказными убийствами. «Заказчик» начинает склонять их к совершению убийства за денежное вознаграждение. Они соглашаются совершить преступление, разрабатывают совместно с «заказчиком» план совершения преступления и обсуждают его детали. На основании задокументированных данных «заказчик» задерживается и, как правило, осуждается. В судебно-следственной практике подобное деяние, обычно квалифицируются как приготовление к преступлению в форме приискания соучастников убийства.

Не ставя под сомнение законность проведения подобных мероприятий в подавляющем большинстве случаев, тем не менее, обратим внимание и на возможные при этом злоупотребления. К сожалению, в современной правоохранительной практике нередки ситуации, когда от сотрудников требуют формальных показателей своей работы, которые на сегодняшний день все еще выражаются в так называемой «палочной системе». Вот почему, не исключены случаи, когда истинный смысл оперативно-разыскного мероприятия в конкретной ситуации может иметь несколько искаженное содержание и состоять не в предотвращении или пресечении преступления, и тем более не в его профилактике, а в искусственном создании высоких показателей.

По существу, такое поведение, при определенных условиях, может быть признано провокацией преступления со стороны сотрудников правоохранительных органов. Подобное недопустимо, как с позиций уголовного права, так и оперативно-разыскного законодательства.

Смоделируем ситуацию противоправных, провокационных действий. Допустим, лицо высказывает кому-либо из своего близкого окружения намерение найти для убий-

¹ Кузнецова Н.Ф. Ответственность за приготовление к преступлению и покушение на преступление по советскому уголовному праву. М., 1958. С. 47.

² Далее – Федеральный закон «Об ОРД».

³ Постановление ЕСПЧ от 30.05.2013 Дело Давитидзе (Davitidze) против России (жалоба № 8810/05) // СПС КонсультантПлюс.

ства своего супруга (супруги, другого родственника и т.п.) соответствующих исполнителей. Это стремление для простого обывателя может носить неопределенный характер и, не исключено, что является в первую очередь только внешним проявлением эмоциональных переживаний. Очевидно, что в подавляющем большинстве случаев исполнение таких намерений вызовут существенные трудности для таких лиц. Согласно уголовно-правовой доктрине такой «заказчик» лишь обнаруживает умысел. Эта информация поступает в правоохранительные органы и через некоторое время перед лицом предстают псевдокиллеры и предлагают свои услуги. После этого происходит их «склонение» к совершению убийства.

Как и в приведенном выше примере, в результате оперативно-разыскных мероприятий, «заказчик» задерживается. Его поведение, предположим, так же получает уголовно-правовую оценку как приискание соучастников преступления.

Проанализируем описанную ситуацию. В основе происхождения термина «приискать» находится глагол «искать». При совершении таких действий лицо, при наличии свободной воли, должно проявить собственную инициативу, направленную на поиски людей, способных совершить задуманное им преступление. С позиции объективной стороны это может выражаться как, например, в самостоятельном или через посредников назначении времени и места встречи с предполагаемыми исполнителями, высказывание им своих намерений, предоставление необходимой информации о предполагаемой жертве, разработка плана совершения преступления, так и в снабжении необходимыми техническими средствами или орудием совершения преступления и т.п. Обязательно также наличие и определенных психологических усилий по склонению другого лица к помощи в совершении преступления (убеждение, внушение и т.п.). Только при таких условиях оперативно-разыскное мероприятие будет иметь правомерный характер.

Возникает вопрос: осуществлял ли этот процесс в нашей ситуации, так называемый заказчик? Ответ по нашему мнению должен быть отрицательный – нет. Он не приискивал соучастников. В приведенном примере такие действия, на наш взгляд, ни с внешней (объективной) стороны, ни с субъективных (психических) позиций не соответствуют процессу подыскивания помощников в совершении преступления. Следовательно, лицо не должно подлежать уголовной ответственности.

Внедренные лица, выполнявшие роль «киллеров», вместо того, чтобы решить в соответствии со ст. 2 Федерального закона «Об ОРД» задачу по предупреждению преступления, фактически искусственно, самим фактом своего представления как профессиональных убийц подталкивали лицо к совершению преступления. Другими словами, сами же и превратили «голый» умысел в формальные przygotowательные действия. Подстрекатели желали, чтобы «заказчик», пока еще не сформировавший свои намерения, поступил именно таким образом, и приложили для этого максимум усилий.

Описанные ситуации не исключены и в правоприменительной практике. Руководством к совершению таких действий могут послужить на наш взгляд недопустимые предложения, звучащие в теории оперативно-разыскной деятельности. Так, О.А. Вагин, комментируя положения ст. 5 Федерального закона «Об ОРД» о запрете провокации, высказывает мнение, что активизация поведения лица, в отношении которого проводится оперативно-разыскное мероприятие и обнаружившего преступные замыслы, направление его поведения к «совершению действий, облегчающих его разоблачение ... не образуют провокации преступления и соучастия в нем»¹. Считаем, что в данном случае описан типичный пример провокации преступления. Мы уверены, что при привлечении к ответственности такого «преступника», на одной из стадий уголовного судопроизводства он был бы оправдан и получил право на компенсацию в порядке своей реабилитации.

Кроме того, в литературе приводится своеобразный критерий отграничения провокации от правомерных действий. Считается, что провокационно-подстрекательское поведение от оперативно-разыскного мероприятия отличается тем, что оперативник осознает, что его действия направлены на защиту от преступного посягательства и носят об-

¹ Вагин О.А., Исиченко А.П., Чечетин А.Е. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» (постатейный). М., 2009. СПС КонсультантПлюс.

щественно полезный характер¹. Однако, для уголовного права не имеет значения, какими мотивами и целями при этом руководствовался подстрекатель – корыстью, ненавистью либо, как в нашем случае, ложно понимаемыми задачами по борьбе с преступностью, или желанием показать свой профессионализм и активность в борьбе с преступностью. С позиции уголовного права склонение другого лица к совершению преступления с целью последующего изобличения, то есть провокация преступления, должно влечь уголовную ответственность.

Вместе с тем, следует признать стереотипными мнения наполняющие провокацию исключительно негативным содержанием. Мы поддерживаем позицию, согласно которой в широком смысле слова под провокацией следует понимать совершение действий с целью вызвать предсказуемую ответную реакцию². Другими словами вполне возможна провокация поведения не являющегося противоправным. Именно в последнем значении такие действия получили свое распространение в следственной и оперативно-разыскной практике. Так, оперативный сотрудник может осуществить допустимую провокацию путем побуждения другого лица к определенному (непреступному) поведению, с целью его негласного оперативного сопровождения (прослушивание телефонных переговоров, наблюдение и др.). Например, среди осужденных распространяется ложная информация о том, что сотрудникам исправительной колонии стали известны лица, совершившие ранее не раскрытое преступление. Это может побудить к изменению поведения виновных и получению необходимой информации³.

Правомерную провокацию необходимо отличать от противоправной провокации преступления, которая в уголовном законодательстве не получила своего закрепления. Провокации взятки либо коммерческого подкупа, предусмотренная ст. 304 УК РФ, к общему понятию провокации преступления имеет посредственное отношение и фактически является частным случаем фальсификации доказательств. Современное состояние законодательного регулирования данного вопроса берет свое начало с 2005 года, когда Европейский суд по правам человека вынес Постановление «Ваньян против Российской Федерации», в котором были обозначены наиболее важные моменты, касающиеся отграничения провокации преступления от оперативно-разыскных мероприятий. Затем, в 2007 году в ст. 5 Федерального закона «Об ОРД» было внесено дополнение, о запрете для органов (должностных лиц), осуществляющих оперативно-разыскную деятельность совершать провокацию, то есть подстрекать, склонять, побуждать в прямой или косвенной форме к совершению противоправных действий. Таким образом, провокация преступления фактически рассматривается как разновидность подстрекательства к нему.

В уголовно-правовой литературе высказывалось предложение квалифицировать провокацию преступления, совершенную сотрудником правоохранительного органа, как превышение должностных полномочий⁴. Однако данная идея вряд ли приемлема ввиду отсутствия ее универсального характера, так как не охватывает аналогичные действия со стороны других лиц, не являющихся должностными.

Встречаются и другие соображения, фактически переводящие провокацию преступления при осуществлении оперативного внедрения в разряд правомерных деяний, когда ее совершение «является единственным или более эффективным средством обнаружения преступного замысла, предотвращения более тяжких преступлений, раскрытия совершенных»⁵. По нашему мнению, реализация таких предложений в целом недопустима, прежде всего с социальных позиций. Ведь в подобном случае возникает реальная возможность склонять к совершению преступлений, подавляющее большинство граждан,

¹ См.: Шумилов А.Ю. Курс основ оперативно-розыскной деятельности. М., 2006. С. 253, 277.

² Провокация (значения) : википедия // URL : <https://ru.wikipedia.org> (дата обращения 25.09.2016).

³ См.: Хромов И.Л. Противодействие преступности в учреждениях, исполняющих наказания. Криминологические и оперативно-розыскные аспекты. М., 2011. С. 210–212.

⁴ См.: Словарь по уголовному праву / отв. ред. А.В. Наумов. М., 1997. С. 371.

⁵ См.: Радачинский С.Н. Провокация преступления как комплексный институт уголовного права: проблемы теории и практики: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Н. Новгород, 2011. С. 5, 13–14.

оправдывая это состоянием вынужденности. Однако один из перечисленных случаев может быть допущен в качестве исключения – это предотвращение более тяжких преступлений или последствий.

Например, сотрудник правоохранительного органа, в ходе осуществления оперативно-розыскной деятельности, оказывается среди лиц, участвующих в проведении несанкционированного массового митинга. В какой-то момент один из активистов этих действий начинает настойчиво призывать толпу направиться к зданию Правительства субъекта Российской Федерации и захватить власть. Внедренный сотрудник в сложившейся ситуации предпринимает меры, чтобы переубедить активную часть участников беспорядков (отвлечь их внимание) и направить их действия на повреждение и уничтожение имущества.

Фактически провокацией в чистом виде такое поведение вряд ли можно назвать, хотя формально, склонение к совершению преступления имело место. Но представитель правоохранительного органа имеет дело с людьми и без него уже начинающими совершать преступление. Поэтому, на наш взгляд, следует признать допустимым склонение лиц, уже подготавливающих или совершающих преступление к действиям, причиняющим меньший по объему или характеру вред, чем предотвращаемый.

Пристатейный библиографический список

1. Вагин О.А., Исиченко А.П., Чечетин А.Е. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» (постатейный). М., 2009. СПС КонсультантПлюс.
2. Кузнецова Н.Ф. Ответственность за приготовление к преступлению и покушение на преступление по советскому уголовному праву. М.: Изд-во Моск. ун-та, 1958.
3. Радачинский С.Н. Провокация преступления как комплексный институт уголовного права: проблемы теории и практики: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Н. Новгород, 2011.
4. Словарь по уголовному праву / отв. ред. А.В. Наумов. М.: Бек, 1997.
5. Уголовное право России. Общая и Особенная части: учебник / под ред. И.М. Мацкевича, Н.Г. Кадникова. – М.: Союз криминалистов и криминологов, Криминологическая библиотека, Российский криминологический взгляд, 2015.
6. Хромов И.Л. Противодействие преступности в учреждениях, исполняющих наказания. Криминологические и оперативно-розыскные аспекты. М.: Юриспруденция, 2011.
7. Шумилов А.Ю. Курс основ оперативно-розыскной деятельности. М.: Изд-во Шумиловой И.И., 2006.

Шкабин Геннадий Сергеевич – к.ю.н., доцент, доцент кафедры уголовного права Московского университета МВД России имени В.Я. Кикотя. г. Москва, ул. Академика Волгина, д. 12.

uprzn@ya.ru

Shkabin Gennadiy Sergeevich – PhD, Associate Professor, Associate Professor of Criminal Law chair of Moscow University of the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation named after V.Y. Kikot. Moscow, Akademika Volgina Street, St. 12.

uprzn@ya.ru